

Barne- og likestillingsdepartementet
Postboks 8036 Dep
0030 OSLO

Vår ref.
09/1503-21-SIG

Deres ref.
200902447-/ELR

Dato:
18.12.2009

HØRING - NOU 2009:14 ET HELHETLIG DISKRIMINERINGSVERN

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til departementets høringsbrev av 26. juni 2009.

Ombudet støtter i all hovedsak forslaget til ny diskrimineringslov. Ombudet er av den oppfatning at en felles diskrimineringslov vil være brukervennlig og i større grad enn i dag legge til rette for å håndtere saker om diskriminering på flere grunnlag.

Generelle merknader

Navnevalg

Da Likestillings- og diskrimineringsombudet ble etablert, ble også valg av navn diskutert inngående. Ett av alternativene var å videreføre navnet Likestillingsombudet. Dette ble imidlertid forkastet, fordi man antok at det ville være knyttet for sterke assosiasjoner til grunnlaget kjønn, og at det ville kunne føre til et uheldig signal om ulik vektning av de forskjellige grunnlagenes betydning.

Ombudets erfaring er at dagens navn; Likestillings- og diskrimineringsombudet, er tungt, og til dels uheldig. Ombudet skal arbeide for likestilling og mot diskriminering. Ombudet vil derfor oppfordre departementet til å vurdere om man, samtidig med arbeidet med ny helhetlig lov mot diskriminering, bør forenkle ombudets navn. Et alternativ kan være å ta i bruk det tidligere navnet Likestillingsombudet. Når ny lov trer i kraft, vil det ha gått relativt lang tid siden ombudet ble etablert, og navnet bør derfor ikke lenger i samme grad assosieres med kun kjønn. Likestillingsombudet gir dessuten et mer positivt signal enn eksempelvis alternativet Diskrimineringsombudet. Ombudet vil samtidig oppfordre departementet til å se nærmere på valg av tittel til loven.

Diskrimineringsvern for kvinner

Slik lovforslaget er utformet kan det stilles spørsmål om diskrimineringsgrunnlaget kjønn får et svakere vern enn det har i dag. Ombudet tenker i denne sammenheng først og fremst på materielle endringer i forhold til dagens likestillingslov (endret formålsbestemmelse § 1, innskrenket saklig virkeområde § 2 og endrede regler for erstatning § 29). I tillegg ser ombudet faren for at det tradisjonelle likestillingsarbeidet kan bli svekket av forslaget til arbeidsgivers aktivitetsplikt (§ 26), herunder at det aktive likestillingsarbeidet skal legges inn i det ordinære HMS-arbeidet og at aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner ikke videreføres. Ombudet vil konkretisere dette nærmere under de enkelte kapitlene i vårt høringsvar.

Kapittel 1. Formålsbestemmelse

- Ombudet ber departementet vurdere å ta inn en presisering om at loven særlig skal ta sikte på å bedre kvinners stilling
- Ombudet anbefaler å endre ordlyden fra tilgjengelighet til universell utforming

1.1 Generelt

Utvalget har foreslått følgende formålsbestemmelse (§ 1):

”Lovens formål er å fremme likestilling uavhengig av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder og andre liknende vesentlige forhold ved en person. Med likestilling menes likeverd, like muligheter og rettigheter samt tilgjengelighet og tilrettelegging.”

Ombudet har to kommentarer til utvalgets forslag.

1.1 Kvinners stilling

I likestillingslovens formålsbestemmelse heter det at den tar ”*særlig sikte på å bedre kvinnens stilling*”. En slik presisering er ikke inntatt i forslag til ny formålsbestemmelse. Selv om likestillingsloven i utgangspunktet skulle gjelde for både kvinner og menn, erkjente lovgiver at kvinner i større grad enn menn, på mange områder i samfunnet, ble diskriminert. Erfaringen viser, blant annet gjennom statistikk fra ombudets egne saker, at kvinner i mange tilfeller fortsatt utsettes for diskriminering i større grad enn menn. Det kan derfor være behov for at den nye loven fortsatt presiserer at særlig kvinners stilling skal bedres. Ombudet vil gjøre oppmerksom på at norske myndigheter er bundet av FNs kvinnekonvensjon. Dersom den særlige henvisningen til kvinners stilling ikke tas inn i loven, vil det kunne medføre at forpliktelsene etter konvensjonen ikke oppfylles.

Ombudet ber på denne bakgrunnen om at departementet vurderer om presiseringen skal videreføres i formålsbestemmelsen til ny diskrimineringslov. En slik presisering kan tas inn som nytt annet ledd.

1.2 Universell utforming

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er unik internasjonalt fordi den angir et mål om universell utforming i lovteksten. Ombudet ønsker at dette videreføres og foreslår derfor at begrepet "tilgjengelighet" byttes ut med "universell utforming":

"...samt universell utforming og tilrettelegging."

Kapittel 2. Lovens virkeområde

- Ombudet oppfordrer departementet til å vurdere om loven også skal gjelde innenfor familieliv og andre rent personlige forhold
- Begrensningene i lovens stedlige virkeområde bør vurderes på nytt

2.1 Lovens saklige virkeområde

I angivelsen lovens saklige virkeområde (§ 2) er ”*familieliv og andre rent personlige forhold*”, unntatt. Ombudet mener dette er uheldig og støtter ikke forslaget.

Forslaget innebærer at forbudet mot kjønnsdiskriminering får et innskrenket saklig virkeområde i forhold til i dag. Et slikt forslag synes å være i strid med utvalgets mandat.

At diskrimineringsloven også skal gjelde innenfor familieliv og andre rent personlige forhold vil etter ombudets mening ha en viktig symbolverdi. Ombudet vil vise til uttalelse i Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) side 33:

”Selv om likestilling innenfor hjemmets fire vegger vanskelig kan gjennomtvinges ved hjelp av rettsregler, finner departementet det likevel riktig at likestillingsprinsippet, slik som fastsatt i loven, også skal gjelde for det som skjer innen den enkelte husstand.”

Ombudet mener på bakgrunn av dette at lovens saklige virkeområde bør omfatte familieliv og andre rent personlige forhold. Dette må gjelde alle grunnlagene.

Dersom loven skal gjelde familieliv og andre rent personlige forhold mener ombudet at likestillingsloven § 2 annet ledd bør tas inn i loven, dvs. at ombudet og nemnda ikke skal håndheve saker som gjelder familieliv og rent personlige forhold.

2.2 Lovens stedlige virkeområde

Når det gjelder lovens stedlige virkeområde, fremgår det av § 3 annet ledd at rett til individuell tilrettelegging av kommunale tjenester (§ 20) og rett til individuell tilrettelegging i skole- og utdanningsinstitusjoner (§ 21), ikke gjelder på for eksempel Svalbard. Ombudet mener dette er uheldig og viser til mindretallets uttalelser. Ombudet ber om at den foreslåtte begrensningen i lovens stedlige virkeområde vurderes på nytt i forbindelse med proposisjonen.

Kapittel 3. Forbud mot diskriminering på grunn av alder

- Ombudet anbefaler et generelt vern mot diskriminering på grunn av alder
- Ombudet anbefaler at utvalgets forslag til ny diskrimineringslov § 5 annet ledd første punktum, hvor kravet til uforholdsmessighetsvurdering er tatt bort for aldersgrenser, fjernes.

3.1 Dagens vern mot aldersdiskriminering

Dagens vern mot aldersdiskriminering er begrenset til arbeidslivets område. Hovedregelen er at forskjellsbehandling på grunn av alder er forbudt, jf. arbeidsmiljøloven § 13-1. Forskjellsbehandling er imidlertid tillatt dersom den er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som rammes, jf. arbeidsmiljøloven § 13-3 annet ledd.

Det er noe større adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder enn etter lovens andre diskrimineringsgrunnlag. I motsetning til de andre grunnlagene, kreves det ikke at forskjellsbehandling på grunn av alder er nødvendig for *utøvelse av arbeid eller yrke*. Forskjellsbehandling må likevel være nødvendig for å *oppnå et saklig formål*.

3.2 Vern mot diskriminering innenfor arbeidslivet

Utvalget foreslår å videreføre dagens rettstilstand, men med en viktig endring. Utvalgets forslag til § 5 annet ledd første punktum har følgende ordlyd:

”Generelle aldersgrenser i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale, som er begrunnet i saklige formål, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering etter § 4.”

En slik bestemmelse innebærer at generelle aldersgrenser i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale, som er begrunnet i saklige formål, ikke skal være i strid med forbudet mot diskriminering. Tilfeller som vil reise spørsmål om saklig formål er for eksempel:

- Produksjonstilskudd i jordbruket reduseres når bonden fyller 67 år, og enda mer når bonden fyller 70 år.
- Yrkesfiskere får inndratt fangstrettigheter ved fylte 70 år.

Det følger av internasjonale konvensjoner som omhandler forbud mot forskjellsbehandling, at eventuelle unntak skal være nødvendige for å oppnå et

saklig formål og at tiltakene ikke skal være uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som berøres.

Ombudets erfaring er at spørsmålet om forskjellsbehandling på grunn av alder er lovlig, kommer på spissen i forholdsmessighetsvurderingen. Å kutte forholdsmessighetsvurderingen vil etter ombudets vurdering i realiteten medføre et betydelig svekket vern mot diskriminering på grunn av alder i arbeidslivet.

Utvalgets forslag til § 5 annet ledd første punktum må også ses i sammenheng med utvalgets forslag om å innta et diskrimineringsvern i Grunnloven. Dersom utvalgets forslag til grunnlovsbestemmelse blir vedtatt, vil domstolene få kompetanse til å prøve om lover er i strid med diskrimineringsvernet. Etter ombudets vurdering vil § 5 annet ledd første punktum legge en uheldig begrensning på domstolenes prøvelsesadgang.

På bakgrunn av dette ønsker ombudet å fjerne foreslått annet ledd første punktum i § 5.

Forutsatt at forslaget til § 5 annet ledd vedtas:

Slik ombudet leser utredningen vil det være en *presumsjon* for at aldersgrenser fastsatt i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale, er saklige.

Forslaget innebærer at det vil bli en høy terskel for at ombudet eller andre håndhevingsorganer kan konkludere med at aldersgrenser fastsatt i lov, forskrift eller landsomfattende tariffavtale, er usaklige.

Ombudet vil i denne sammenheng vise til forslaget § 14 om offentlige myndigheters aktivitetsplikt. En del i denne plikten vil være å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for at utforming av regelverk ikke er i strid med diskrimineringsvernet. Som et ledd i aktivitetsplikten, anbefaler ombudet at det utarbeides rutiner som sikrer at diskrimineringsspørsmålet vurderes i all utforming av regelverk. Rutiner som sikrer at diskrimineringsspørsmålet drøftes i forarbeidene til lovene, vil også bidra til at håndhevingen av § 5 annet ledd første punktum, blir enklere.

For ombudets øvrige kommentarer til § 14 om offentlige myndigheters aktivitetsplikt, vises det til pkt. 7.2.

3.3 Aldersdiskriminering utenfor arbeidslivet

Utvalget uttaler at det ikke er tvil om at usaklig forskjellsbehandling på grunn av alder forekommer utenfor arbeidslivet. Utvalget presiserer også at slik diskriminering ikke er mer akseptabel enn annen diskriminering.

Til tross for dette foreslår utvalget at usaklig forskjellsbehandling på grunn av alder i utgangspunktet kun skal være forbudt i arbeidslivet. Utvalget åpner imidlertid for at alder kan ha vern mot usaklig forskjellsbehandling også utenfor arbeidslivet, men da med hjemmel i den foreslåtte sekke kategorien. For ombudets kommentarer til sekke kategorien, vises det til pkt 4.

Bakgrunnen for utvalgets anbefaling er sammensatt. Det vises blant annet til at:

- det er en reell forskjell mellom alder og andre diskrimineringsgrunner. Forskjellsbehandling på grunn av alder er oftere saklig enn det som er tilfellet med hensyn til andre diskrimineringsgrunnlag
- usaklig forskjellsbehandling på grunn av alder vil kunne rammes av eksisterende offentligrettslige saklighetskrav
- det vil kunne føre til usikkerhet og kreve mange unødvendige vurderinger
- et generelt forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av alder vil overlate et alt for stort spillerom for skjønn til håndhevingsorganene

Ombudet mener spørsmålet ikke er godt nok utredet.

Ombudet ønsker et generelt diskrimineringsvern for alder, men at det åpnes for saklig forskjellsbehandling. Lovligheten av forskjellsbehandlingen må vurderes med utgangspunkt i den generelle saklighetsvurderingen, jf. forslaget § 5 første ledd.

Ombudet viser i denne sammenheng til forslaget til nytt EU-direktiv (KOM (2008) 426 endelig). Direktivforslaget gir vern mot aldersdiskriminering også utenfor arbeidslivet, men presiserer at det fortsatt skal være anledning for det enkelte land å fastsette en bestemt aldersgrense for tilgang til for eksempel:

- sosiale goder,
- utdanning, og
- visse varer og tjenester

Ombudet ønsker at Norge legger seg på den linjen som er foreslått i EU-direktivet, alternativt at man utreder spørsmålet grundigere før man konkluderer i spørsmålet om hvilket vern alder skal ha mot forskjellsbehandling.

3.4 Lovtekniske endringer

På bakgrunn av ombudets vurderinger ovenfor, må det gjøres lovtekniske endringer i §§ 4 og 5.

I § 4 foreslår ombudet å fjerne første ledd siste punktum, jf. ombudets vurdering av at alder bør ha et generelt vern mot diskriminering. Ny ordlyd i § 4 første ledd vil derfor være:

”Diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn eller alder er forbudt. Det samme gjelder diskriminering på grunn av andre liknende vesentlige forhold ved en person.”

I § 5 foreslår ombudet å fjerne annet ledd første punktum. Ny ordlyd i § 5 vil da være:

”Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering i § 4. I arbeidsforhold kan forskjellsbehandling bare skje dersom dette er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke. Ved forskjellsbehandling på grunn av alder gjelder ikke første ledd andre punktum.”

Kapittel 4. Sekkekategori

- Ombudet støtter utvalgets forslag om å innføre en sekkekategori
- Ombudet støtter utvalgets forslag om at reglene om delt bevisbyrde ikke gjelder for sekkekategorien
- Ombudet mener diskrimineringslovens regler om erstatning og oppreisning også må gjelde for sekkekategorien
- Ombudet mener henleggelsesadgangen bør utvides

4.1. Utvalgets forslag til sekkekategori

I dag er det rettslige vernet mot diskriminering begrenset til å gjelde de grunnlag som er nevnt i lovverket. Utvalget foreslår at diskrimineringsvernet fortsatt skal være knyttet til en oppregning av diskrimineringsgrunnlag i loven. Utvalgets flertall foreslår likevel at lovens liste over diskrimineringsgrunnlag ikke skal være uttømmende, men at den skal suppleres med sekkekategorien ”liknende vesentlige forhold ved en person”. Her siktes det til grunnlag som har sammenheng eller likhet med de opplistede grunnlagene, i form av personlige forhold som ikke kan endres eller som har stor betydning for den det gjelder.

Ombudet støtter utvalgets forslag om å innføre en sekkekategori. Begrunnelsen for dette er først og fremst at internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, som EMK, SP, ØSK, har ikke-uttømmende lister over diskrimineringsgrunnlag. Videre vil en sekkekategori sikre et fleksibelt lovverk som tar høyde for samfunnsutviklingen.

4.2 Ombudets henleggelsesadgang

Utgangspunktet er at ombudet har en forvaltningsrettslig plikt til å ta innkomne klager til realitetsbehandling. I særlige unntakstilfeller kan ombudet avvise saker der det påberopes grunnlag som faller utenfor sekkekategorien, eller henlegge saker som åpenbart ikke er i strid med loven eller som er bagatellmessige.

Dersom det innføres en sekkekategori er det vanskelig å forutse hvilken betydning det vil få for antall klagesaker for ombudet. Som utvalget påpeker, kan en sekkekategori virke prosessdrivende og dermed føre til en økt pågang til ombudet. I forbindelse med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven har saksmengden for ombudet økt betydelig. I 2009 mottok ombudet dobbelt så mange klager som året før. Stor økning i tilfanget av klagesaker innebærer en utfordring med tanke på å prioritere innenfor gitte ressurser.

Ombudet støtter derfor utvalgets forslag til en utvidet henleggelsesadgang, jf. utvalgets forslag til § 35 annet ledd. Ombudet mener at en utvidet henleggelsesadgang er nødvendig uavhengig av om sekke kategorien blir vedtatt.

4.3 Bevisbyrderegler

Ombudet støtter utvalgets foreslag om at reglene om delt bevisbyrde ikke skal gjelde for sekke kategorien.

4.4 Oppreisning og erstatning

Utvalget mener at diskrimineringslovens særlige regler om oppreisning og erstatning ikke bør gjelde for diskrimineringsgrunnlag som påberopes under sekke kategorien. I slike tilfeller bør et eventuelt ansvar i stedet følge av alminnelige erstatningsregler. Utvalgets begrunner dette med at:

- en sekke kategori gir mindre forutsigbarhet, og den ansvarlige har da mindre mulighet til å innrette seg på en slik måte at reglene ikke brytes
- de faktiske forholdene kan være uoversiktlige, og grensen mot hva som er saklig forskjellsbehandling kan være vanskelig å trekke i forkant

Ombudet er ikke enig i utvalgets vurdering. Ombudet mener at rettssikkerhetshensynet i disse tilfellene blir ivaretatt ved at regelen om delt bevisbyrde ikke kommer til anvendelse. I de fleste saker hvor ombudet kommer til at det er skjedd brudd på diskrimineringsforbud, har diskrimineringen ikke vært tilsiktet. Det betyr at også under dagens lovverk vil de fleste være uforberedt på å få en uttalelse om diskriminering mot seg, og derved også uforberedt på et erstatnings- eller oppreisningsansvar.

Ombudet mener derfor reglene om oppreisning og erstatning i § 29 også bør komme til anvendelse når det er konstatert diskriminering med hjemmel i sekke kategorien. Som en konsekvens av dette, må § 29 tredje ledd fjernes.

Kapittel 5. Diskrimineringsgrunnlag

- Ombudet mener at katalogen over diskrimineringsgrunnlag med et eksplisitt vern, bør utvides til å omfatte også språk og kjønnsidentitet og -uttrykk

5.1 Utvalgets forslag til diskrimineringsgrunnlag

Innledningsvis vil ombudet bemerke at terminologien på dette området er uklar. For ombudet er det viktig at man bruker en terminologi som er brukervennlig. Dette er utgangspunktet for ombudets kommentarer i det følgende.

Utvalget foreslår at følgende grunnlag skal ha et eksplisitt vern mot diskriminering: kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder. I forbindelse med vurderingen av å innføre sekkekategori er det også nevnt mulige grunnlag som kan ha vern etter denne kategorien.

I dette kapittelet vil ombudet knytte kommentarer til noen av de grunnlagene som eksplisitt er nevnt i lovens diskrimineringsforbud. I tillegg vil ombudet ta stilling til om det er hensiktsmessig å utvide oppregningen med flere grunnlag.

5.2 Etnisitet, religion og livssyn

5.2.1 Innledning

I tillegg til etnisitet lister diskrimineringsloven i dag opp nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk som diskrimineringsgrunnlag. Dette skal ifølge forarbeidene forstås slik at forbudet mot diskriminering på disse grunnlagene bare gjelder i den utstrekning disse grunnlagene har sammenheng med etnisitet. Disse grunnlagene kan dermed forstås som markører eller undergrupper av det overordnede begrepet etnisitet. Religion og livssyn er også diskrimineringsgrunnlag i lov mot etnisk diskriminering. Disse skal ifølge forarbeidene forstås som selvstendige diskrimineringsgrunnlag, det vil si at vernet gjelder uavhengig av om forskjellsbehandlingen har sammenheng med etnisitet.

5.2.2 Religion og livssyn

Utvalget foreslår at religion og livssyn løftes frem som selvstendige grunnlag. Ombudet støtter forslaget.

5.2.3 Etnisitet

Utvalget foreslår at kun etnisitet nevnes som diskrimineringsgrunnlag i den nye loven. Nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk skal innfortolkes i dette begrepet.

Ombudet deler utvalgets vurdering av at hudfarge, nasjonal opprinnelse og avstamning ikke skilles ut som eksplisitte grunnlag. Når det gjelder *hudfarge* mener ombudet at det kan være hensiktsmessig å kommentere dette nærmere i forarbeidene.

Hudfarge vil ikke nødvendigvis alltid har sammenheng med etnisitet. Dette vil for eksempel gjelde for mange adopterte og de som har en norskfødt og en utenlandskfødt forelder. Dette vil også gjelde for personer som har tilknytning til et land i flere generasjoner, men som har en annen hudfarge enn minoriteten. I Norge vil dette være tilfelle for stadig flere av de som vokser opp i Norge med besteforeldre som innvandret til Norge.

5.2.4 Språk

Ombudet deler imidlertid ikke utvalgets vurdering når det gjelder grunnlaget språk.

Ombudet mottar en rekke henvendelser fra personer som mener seg diskriminert på grunn av språk. Arbeidsgivere er i tillegg opptatt av i hvilken grad man kan vektlegge språk ved ansettelse.

For å fremheve at diskriminering på grunn av språk er forbudt, anbefaler ombudet at "språk" eksplisitt nevnes som et diskrimineringsgrunnlag. Den fremtidige proposisjonen bør også være klar på om språk er begrenset til å være en markør av etnisitet, eller om det skal være et selvstendig grunnlag slik at man har vern mot diskriminering på grunn av nynorsk, dialekt osv. Ombudet mener diskrimineringsgrunnlaget bør være begrenset til en markør av etnisitet. Diskriminering av personer som bruker alternativ og supplerende kommunikasjon (ASK) eller tegnspråk, må derfor regnes som diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.

5.5 Særlig om transpersoner (kjønnsidentitet og -uttrykk)

Vern mot diskriminering av transseksuelle innfortolkes i dag i likestillingslovens vern mot kjønnsdiskriminering.

Ombudet mener for det første at gruppen bør synliggjøres gjennom eksplisitt å nevne dette som et selvstendig grunnlag.

For det andre mener ombudet at diskrimineringsgrunlaget bør omfatte alle transpersoner. Spørsmålet om et vern for andre transpersoner enn transseksuelle, har ikke vært oppe i rettspraksis. Det er derfor ikke avklart om også denne gruppen har et menneskerettslig vern. Mye taler imidlertid for at hvis saken kommer opp for EMD, vil domstolen kunne komme til å innfortolke dette i "annen status", slik at denne gruppen har et diskrimineringsvern etter EMK.

På denne bakgrunn mener ombudet man bør legges seg på den svenske linjen hvor alle transpersoner er gitt vern mot diskriminering. I den svenske diskrimineringslovgivningen er grunlaget angitt som "könsöverskridande identitet eller uttryck". Ombudet mener et lignende begrep kan brukes i Norge og foreslår at "kjønnsidentitet og -uttrykk" tas inn som et selvstendig grunnlag i den nye diskrimineringsloven

Kapittel 6. Arbeidsgivers aktivitetsplikt

- Ombudet støtter forslaget om å utvide aktivitetsplikten til å omfatte alle diskrimineringsgrunnlagene
- Ombudet støtter forslaget om at aktivitetsplikten gjelder alle arbeidsgivere
- Ombudet er kritisk til at aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner foreslås opphevet
- Ombudet er kritisk til forslaget om at tilsynet med aktivitetsplikten foreslås overført til Arbeidstilsynet
- Ombudet er kritisk til at rapporteringsplikten på kjønntilstand foreslås opphevet

6.1 Innledning

Ombudets kommentarer i det følgende er begrenset til arbeidsgivers aktivitetsplikt. Det avgrenses mot offentlige myndigheters aktivitetsplikt, som er behandlet under pkt. 7.2. Kommentarene avgrenses også mot den særlige aktivitetsplikten knyttet til universell utforming.

6.2 Utvalgets forslag

Utvalgets forslag til arbeidsgivers aktivitetsplikt (§ 26) har følgende ordlyd:

”Arbeidsgiver skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovens formål. Aktivitetsplikten omfatter blant annet rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår, forfremmelse, utviklingsmuligheter og beskyttelse mot trakassering.

Første ledd gjelder ikke forhold ved en person som nevnt i § 4 første ledd andre punktum.

Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om gjennomføringen av kravene i denne paragraf.”

Forslaget innebærer at arbeidsgivere har en aktivitetsplikt når det gjelder kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder. Plikten gjelder uavhengig av virksomhetens størrelse eller om det er en privat eller offentlig arbeidsgiver.

6.3 Aktivitetsplikt på alle diskrimineringsgrunnlag

Ombudet støtter forslaget om at alle diskrimineringsgrunnlagene skal omfattes av aktivitetsplikten.

Som det fremgår av pkt. 5, foreslår ombudet å supplere oppstillingen av diskrimineringsgrunnlag. Aktivitetsplikten bør også omfatte disse grunnlagene.

6.4 Aktivitetsplikt for alle arbeidsgivere

Ombudet støtter forslaget om at alle arbeidsgivere skal omfattes av aktivitetsplikten.

Ombudet mener løsningen med en aktivitetsplikt for alle arbeidsgivere, kombinert med en forskrift som angir mer omfattende krav for virksomheter med mer enn 50 ansatte, er en god og fleksibel løsning. Med en slik løsning ivaretar man både behovet for fleksibilitet og en klarere definering av hva pliktene innebærer.

6.5 Aktivitetsplikt for arbeidslivets organisasjoner

Utvalget har vurdert om dagens aktivitetsplikt for arbeidslivets organisasjoner skal videreføres. Utvalget konkluderer med at aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner bør utøves i sammenheng med HMS-arbeidet, og foreslår derfor at aktivitetsplikten oppheves i sin gjeldende form.

Ombudet er kritisk til at arbeidslivets organisasjoner ikke lenger skal ha en aktivitetsplikt. I Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt 4.7.1/side 19, er det uttalt at en aktivitetsplikt for arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene *”vil kunne signalisere og skjerpe bevisstheten om det kollektive ansvaret for å drive likestillingsarbeidet framover. Økt bevisstgjøring er en forutsetning for en konkret og ikke minst målrettet innsats for å fremme likestilling.”*

Viktige deler av arbeidslivet, som for eksempel lønnsfastsettelse, er avtalefestet og løses gjennom partsammensatt samarbeid. Dersom man fjerner aktivitetsplikten for arbeidslivets organisasjoner, mener ombudet det er en reell fare for at det tradisjonelle kjønnslikestillingsarbeidet, som lønn og arbeidstid, nedprioriteres.

6.6 Forskrift om arbeidsgivers aktivitetsplikt

6.6.1 Innledning

Med hjemmel i § 26 tredje ledd har utvalget foreslått en forskrift om arbeidsgivers aktivitetsplikt. Ombudet har tidligere påpekt at innholdet i aktivitetsplikten er uklart, og ombudet støtter derfor forslaget om å forskriftsregulere dette.

For at man skal oppnå et reelt systematisk likestillingsarbeid/endringsarbeid er det avgjørende at innholdet i aktivitetsplikten i størst mulig grad klargjøres. En forskriftsregulering av aktivitetsplikten vil være klargjørende og dermed bidra til at formålet med aktivitetsplikten oppfylles.

Ombudet vil imidlertid påpeke at forslaget til forskrift ikke bare gjelder **aktivitetsplikten** (bokstavene a til f), men også **redegjørelsesplikten** (bokstavene g og h).

6.6.2 Hvilke konkrete områder aktivitetsplikten omfatter

I lovteksten er det angitt at aktivitetsplikten omfatter blant annet rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår, forfremmelse, utviklingsmuligheter og beskyttelse mot trakassering. Dette er ikke tatt inn i utvalgets forslag til forskrift. Ombudet mener dette eksplisitt bør fremgå av forskriften. I tillegg mener ombudet at det også bør fremgå at aktivitetsplikten omfatter en plikt til individuell tilrettelegging:

*”[...] rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår, forfremmelse, **individuell tilrettelegging**, utviklingsmuligheter og beskyttelse mot trakassering.”*

For øvrig vil ombudet bemerke at forskriften inneholder en rekke språkfeil. Ombudet ber derfor om at det foretas en grundig språkvask.

6.6.3 Lovpålagt opplæring i systematisk likestillingsarbeid

Utvalget har ikke foreslått en lovpålagt opplæring i systematisk likestillingsarbeid for arbeidsgivere og ansattes representanter.

Ombudet mener slik opplæring er nødvendig for å sikre et systematisk likestillingsarbeid. Etter ombudets mening bør en slik opplæring lovfestes på lik linje med den lovpålagte HMS-opplæringen for verneombud og arbeidsgivere.

6.6.4 Forskriftsregulering av redegjørelsesplikten

Av forslag til forskrift om arbeidsgivers aktivitetsplikt følger det at arbeidsgiver skal:

- utarbeide dokumentasjon om den faktiske tilstanden når det gjelder kjønnslikestilling i virksomheten, jf. bokstav g)
- utarbeide dokumentasjon om tiltak som er iverksatt og som planlegges iverksatt for å fremme likestilling, jf. bokstav h)

Dette er samme krav som i dag følger av likestillingsloven § 1a tredje ledd. Forskjellen er at likestillingsloven krever at disse redegjørelsene skal tas inn i årsberetning eller årsbudsjett, og dermed være offentlige, mens redegjørelsene etter forskriften skal utarbeides i forbindelse med HMS-arbeidet, og dermed vil være interne dokumenter.

Ombudet mener at dokumentasjonen av den faktiske tilstanden når det gjelder likestilling i virksomheten, bør være offentlig tilgjengelig. Ombudet vil i denne sammenheng slutte seg til følgende uttalelse i Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt 5.6.1/side 24-25:

”Årsberetningen er også en viktig kilde for den som søker informasjon om en virksomhet. Her kan utenforstående søke informasjon om forhold som ikke har umiddelbar tilknytning til virksomhetens økonomi, men som likevel kan gi viktig informasjon om virksomheten. I et moderne samfunn der fokus i langt større grad enn tidligere er rettet inn mot hvordan næringslivet drar nytte av menneskelige ressurser, vil virksomhetenes holdning til sosiale forhold, arbeidsmiljø og likestilling, være viktige indikatorer på dens tilpasningsevne i markedet, og kan også si noe om virksomheten som arbeidsplass. Slik informasjon kan være til nytte for blant annet offentlige myndigheter, aksjeeiere, ansatte, arbeidssøkende, samarbeidspartnere og allmennheten.”

Hvor det er mest hensiktsmessig å offentliggjøre slik dokumentasjon, må vurderes i forbindelse med den fremtidige proposisjonen. Ombudet vil for eksempel vise til at enkelte underliggende etater ikke rapporterer i årsrapport, men i regjeringens forslag til neste års statsbudsjett, Prp. nr. 1. Dette synes uhensiktsmessig.

Uavhengig av om dokumentasjonen på tilstand skal være offentlig eller ikke, mener ombudet det er behov for å utdype forskriftens bokstav g).

I forbindelse med ombudets kontroll av mer enn 150 kommuner de siste tre årene, har ombudet konkretisert følgende indikatorer som gir et bilde av ”den faktiske tilstanden” når det gjelder kjønnslikestilling i virksomheten:

- kjønnsbalanse i virksomheten
- kjønnsdelt statistikk på lønn
- kjønnsdelt statistikk på arbeidstid (heltid/deltid, midlertidig/fast)
- kjønnsdelt statistikk på fravær, inkludert foreldrefravær
- kjønnsdelt statistikk på deltakelse på lederutvikling, kompetanseheving, seniorpolitikk mv.

For at oversiktene skal avdekke uønskete forskjeller må redegjørelsene spesifiseres på nivå og sektor. Detaljnivå reduseres for mindre virksomheter – uten at de fratras plikten til å legge fram en systematisk oversikt.

I sakene 8,9,10,11,12,17/2009 uttalte Likestillings- og diskrimineringsnemnda blant annet følgende om kravene til redegjørelse på likestillingstilstand:

"[...] Nemnda [vil] bemerke at lovforarbeidenes bruk av formuleringer som "bør" og "for eksempel" tyder på at lovgiver har ment å gi en fleksibel regel, der virksomhetene gis en del frihet så lenge redegjørelsen gir "en systematisk beskrivelse" av forhold som er relevante for å vurdere graden av kjønnslikestilling. Hovedpoenget må være at det redegjøres for forhold som er relevante og hensiktsmessige for å vurdere graden av likestilling. Likestillingsloven har selv, i sin forbudsdel, hovedfokus på lønn, deltid og permisjonsordninger. Derfor vil det være naturlig å fokusere på slike forhold.

En mer generell oppsummering av tilstanden vil ikke være tilstrekkelig. En redegjørelse som mangler underliggende fakta, vil vanskelig kunne sies å innebære en systematisk beskrivelse av forhold som er relevante for å vurdere graden av likestilling.

[...]

Videre uttaler lovgiver at man bør beskrive fordelingen av kvinner og menn på ulike stillingskategorier og nivå. Nemnda kan vanskelig se at man kan få et tilstrekkelig godt bilde av om lovens krav til likestilling i kommuners virksomheter er oppfylt uten at det framlegges statistikk som er spesifisert ned til stillings- og sektornivå.

[...]

Generelt for kommuner gjelder imidlertid at de må regnes som forholdsvis store virksomheter sammenlignet med mange private virksomheter. Videre har Nemnda lagt vekt på at kommunene gjennom rapporteringen til KS nokså enkelt kan framskaffe relevant statistikk, at kommuner er komplekse virksomheter der likestillingsspørsmål oppstår på mange ulike måter og nivåer, og at man ut fra lovens forarbeider må forvente bedre rapportering av offentlige virksomheter enn av private virksomheter."

Ombudet anbefaler at forskriftens bokstav g) blir utdypet på bakgrunn av det som er nevnt ovenfor.

6.7 Aktivitetsplikten som en del av HMS-arbeidet

Det er ingenting i selve lovteksten (§ 26) eller forskriften, som knytter aktivitetsplikten til HMS-arbeidet. Etter ombudets syn ligger aktivitetsplikten på arbeidsgiver og må knyttes til de ulike interne personalpolitiske prosessene som omfattes av plikten.

Utvalget foreslår at arbeidsgivers aktivitetsplikt implementeres i virksomhetenes eksisterende systemer og rutiner for HMS-arbeid. Begrunnelsen for dette er blant annet:

- gjennom det eksisterende HMS-arbeidet er virksomhetene allerede forpliktet til å foreta en gjennomgang av virksomhetene, kartlegge de konkrete utfordringene som gjør seg gjeldende i deres virksomhet og iverksette tiltak der behovene er størst
- ved implementering av aktivitetsplikten i HMS-arbeidet sikres en mer systematisk oppfølging av arbeidet for likestilling og like muligheter
- det er allerede en viss overlapp mellom diskrimineringsvernet og kravet til systematisk HMS-arbeid

Ombudet er ikke uenig i at internkontrollmodellen kan brukes for å gjennomføre et systematisk likestillingsarbeid. Ombudet er likevel ikke overbevist av utvalgets argumentasjon for at arbeidet med aktivitetsplikten skal legges inn i det *eksisterende* HMS-arbeidet. Ombudet kan for eksempel ikke se at det i særlig grad er en overlappingen mellom diskrimineringsvernet og kravet til systematisk HMS-arbeid. I eksemplifiseringen av overlappingen kan ikke ombudet se at utvalget viser til andre forhold enn trakassering.

Ombudet mener i likhet med utvalget at arbeidsgivers plikt til å arbeid aktivt, målrettet og planmessig mot **trakassering** naturlig hører hjemme i HMS-arbeidet.

Når det gjelder de andre delene av aktivitetsplikten – rekruttering, lønns- og arbeidsvilkår, forfremmelse og utviklingsmuligheter – har ombudet vanskelig for å se at disse er overlappende med HMS-arbeidet. Snarere tvert imot. Ombudet vil i det følgende knytte kommentarer til rekruttering og lønn.

Når det gjelder **rekruttering**, mener ombudet dette er en viktig del av aktivitetsplikten, blant annet fordi Norge har et av de mest kjønnsdelte arbeidsmarkedene i Europa. I tillegg har både etniske minoriteter og personer med nedsatt funksjonsevne vansker med å få anerkjent sine kvalifikasjoner og

dermed også vansker med å komme inn på arbeidsmarkedet.

Ombudet mener det er problematisk å føre arbeidet med rekruttering inn i HMS-arbeidet. Hovedbegrunnelsen for dette er at rekrutteringspolitikken i utgangspunktet ligger inn under arbeidsgivers styringsrett, med unntak av de begrensningene som følger av diskrimineringslovgivningen. Offentlige arbeidsgivere er i tillegg bundet av kvalifikasjonsprinsippet. I offentlig sektor er det også lovfestede og avtalefestede ordninger som sikrer ansattes medvirkning i rekrutteringsarbeidet. Ved å legge rekruttering inn i HMS-arbeidet, trekkes arbeidsmiljøutvalg, verneombud og HMS-ansvarlige inn i arbeidet. Ombudet er usikker på hvordan dette vil slå ut i praksis, men frykter at det vil føre til en nedprioritering av arbeidet med likestilling i rekrutteringsarbeidet. Ikke nødvendigvis fordi det er tilsiktet, men fordi aktørene går utenfor sine vanlige roller og mandater.

Ombudet kan heller ikke se at det systematiske arbeidet for likelønn knyttet til arbeidsgivers aktivitetsplikt, er drøftet i utredningen. Dette er et problem fordi Norge har en likelønnsutfordring og fordi lønnsfastsettelsen i Norge er avtalefestet. Ombudet viser i denne sammenhengen til Likelønnskommisjonens innstilling.

Ombudet har vanskelig for å se hvordan verneombud/arbeidsmiljøutvalg skal behandle aktive tiltak for likelønn, når dette helt faller utenfor deres mandat og ansvar. Etter ombudets syn vil det være naturlig å forankre ansvaret hos dem som *faktisk* forhandler lønn lokalt, dvs. arbeidsgivere og tillitsvalgte.

Ombudet mener på bakgrunn av dette at spørsmålet om aktivitetsplikten skal inn som en del av, eller løsrevet fra, HMS-arbeidet, må vurderes grundig i forbindelse med den fremtidige proposisjonen.

6.8 Håndhevingen av aktivitets- og rapporteringsplikten

Som det fremgår av forrige punkt, ser ombudet store utfordringer med å plassere arbeidet med aktivitetsplikten inn i det eksisterende HMS-arbeidet. Hvor aktivitetsplikten plasseres, vil også få betydning for hvem som skal håndheve aktivitetsplikten. Ombudet ber derfor også om at spørsmålet om håndheving diskuteres i den fremtidige proposisjonen.

Uavhengig av hvor håndhevingsansvaret plasseres, vil ombudet understreke følgende:

- I håndhevingsorganet må arbeidet med aktivitetsplikten organiseres slik at likestilling er en prioritert oppgave

- Håndhevingsorganet må sikres ressurser slik at det kan arbeides systematisk, langsiktig og politisk uavhengig
- Det må finnes et regionalt tilsynsapparat. Dersom håndhevingen legges til ombudet kan dette løses gjennom en utbygging av de regionale likestillingscenterene
- Håndhevingsorganet må kunne kontrollere redegjørelsene for kjønnslikestilling, jf. forskriftens bokstav g)

Kapittel 7. Offentlige myndigheters aktivitets- og rapporteringsplikt

- Ombudet mener at offentlige myndigheters aktivitetsplikt i større grad bør konkretiseres
- Ombudet er positiv til at aktivitetsplikten omfatter flere grunnlag enn i dag
- Ombudet mener det bør være en rapporteringsplikt knyttet til aktivitetsplikten

7.1 Innledning

Utvalgets forslag til offentlige myndigheters aktivitetsplikt (§ 14) har følgende ordlyd:

”Offentlige myndigheter skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å realisere lovens formål innenfor sine områder.”

Ombudets innspill i det følgende gjelder offentlige myndigheters plikt til å fremme likestilling i sine roller som tjenesteyter, regelgiver, utformer av sektor politikk og bevilgende myndighet. Disse rollene blir heretter kollektivt omtalt som ”myndighetsutøvelse”. For offentlige myndigheters aktivitetsplikt som arbeidsgiver vises det til pkt. 7.2.

7.2. Offentlige myndigheters aktivitetsplikt

7.2.1 Aktivitetsplikt på alle diskrimineringsgrunnlag

Forslaget innebærer at offentlige myndigheter har en aktivitetsplikt når det gjelder kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn og alder. Dette er en utvidelse av dagens aktivitetsplikt som kun gjelder etnisitet, kjønn og nedsatt funksjonsevne.

Ombudet er positiv til forslaget.

Som det fremgår av pkt. 4, foreslår ombudet å supplere opplistingen av diskrimineringsgrunnlag. Aktivitetsplikten bør også omfatte disse grunnlagene.

I utvalgets forslag er det ikke sagt tydelig at aktivitetsplikten i § 14 ikke skal gjelde sekkekategori. Dette bør gjøres i lovtekst. Dette er sagt tydelig i forbindelsen med arbeidsgivers aktivitetsplikt i § 26 annet ledd. En lignende tilføyes bør gjøres for offentlige myndigheters aktivitetsplikt gjennom nytt annet ledd i § 14:

”Første ledd gjelder ikke forhold ved en person som nevnt i § 4 første ledd andre punktum.”

7.2.2 Innholdet i aktivitetsplikten er uklart

Utvalget uttaler at offentlige myndigheters aktivitetsplikt innebærer en plikt til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovenes formål. Dette er en plikt til å integrere likestillingshensynet i *all offentlig virksomhet*.

Aktivitetsplikten omfatter derfor det offentlige som lovgiver, tjenesteyter og bevilgende myndighet. Plikten omfatter statlige, kommunale og fylkeskommunale virksomheter.

Utover dette gir verken ordlyden i forslaget til § 14 eller NOUen noen særlig anvisning på hva som ligger i den foreslåtte aktivitetsplikten. Ombudet mener at innholdet i offentlige myndigheters aktivitetsplikt må klargjøres i den fremtidige proposisjonen, på tilsvarende måte som det er gjort for arbeidsgiveres aktivitetsplikt. Dette bør også synliggjøres i lovteksten, slik som det tydelig fremgår i forbindelse med arbeidsgivers aktivitetsplikt i § 26 tredje ledd. For offentlige myndigheters aktivitetsplikt bør en tilsvarende tilføyelse tas inn gjennom nytt tredje ledd i § 14:

”Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om gjennomføringen av kravene i denne paragraf.”

Ombudet mener, som sagt, at den fremtidige proposisjonen bør inneholde forslag til forskrift om offentlige myndigheters aktivitetsplikt. Ombudet vil allerede nedenfor komme med noen innspill til forskriftsarbeidet knyttet til offentlige myndigheters myndighetsutøvelse.

Ombudet mener også at flere av tiltakene beskrevet i den foreslåtte forskriften om arbeidsgivers aktivitetsplikt er relevante for offentlige myndigheters aktivitetsplikt, for eksempel:

- fastsettelse av mål og målbare indikatorer,
- oversikt over fordeling av ansvar og oppgaver,
- evaluering eller overvåking for å kontrollere om man har oppnådd målene

7.2.3 Nærmere om offentlige myndigheters aktivitetsplikt i rollen som tjenesteyter

Som nevnt i NOUen omfatter aktivitetsplikten offentlige myndigheter i rollen som tjenesteyter.

Det norske befolkningsmangfoldet (mht. etnisitet, funksjonsevne, kjønn med mer) utfordrer på mange måter likhetstankegangen i den offentlige tjenesteytingen. Dersom alle skal behandles likt, kan det føre til at noen systematisk får et dårligere tilbud og redusert utbytte av tjenestene. Å behandle ulike tilfeller likt kan føre til usaklig forskjellsbehandling (indirekte diskriminering) like mye som å behandle like tilfeller ulikt (direkte diskriminering). Målet er således ikke å tilby like tjenester, men *likeverdige* tjenester som tar hensyn til at borgerne har ulike ståsted, ønsker og behov.

Likeverdige offentlige tjenester er et lite kjent begrep i offentlig sektor i dag. For å gi begrepet et mer presist innhold, bør følgende fra forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Ot.prp.nr.44 (2007-2008), s. 210) bli tatt inn i den fremtidige proposisjonen:

"[...] informasjon fra offentlige myndigheter må tilrettelegges for ulike brukergrupper, både personer med etnisk minoritetsbakgrunn og personer med nedsatt funksjonsevne. Riktig bruk av tolk er et annet eksempel. Myndighetene må legge til rette for god kommunikasjon, og tilegne seg kunnskap og verktøy for å se brukernes behov og sunspunkter. For at likestillingsarbeidet skal ha den ønskede effekten, må det forankres både hos ledelsen og hos alle ansatte, i plandokumenter, serviceerklæringer og budsjetter. Departementet foreslår ikke at det lovfestes en plikt til å gjennomføre bestemte tiltak. Offentlige myndigheter vil selv, ut fra en analyse av tilstanden og utfordringene i den enkelte virksomhet, måtte vurdere hvilke tiltak som er aktuelle og hensiktsmessige." (ombudets understreknings)

Likeverdig tjenesteyting kan i tillegg utdypes på følgende måte:

1. Den verdsetter mangfold ved å akseptere at mennesker med ulik bakgrunn (etnisitet, funksjonsevne, seksuell orientering med mer) prinsipielt er likeverdige medlemmer av samfunnet.
2. Den identifiserer behovene til folk med ulik bakgrunn, utvikler og tilpasser tjenester som samsvarer med disse behovene.
3. Den kompenserer for ulemper som oppstår på grunn av at folk har ulik bakgrunn.

Tiltak for å sikre likeverdig tjenesteyting er for eksempel:

- Elev-/studentundersøkelser, brukerundersøkelser, brukervedvirkning og andre metoder for: (a) å kartlegge utsatte grupper behov og interesser, og (b) å utforme eller tilpasse tjenestetilbud deretter.
- Informasjon rettet mot utsatte elev-, student- og brukergrupper for: (a) å øke kunnskapen om tjenesteyter og tjenestetilbudet, og (b) sikrer at disse brukergruppene benytter seg av tjenestene.
- Bruk av tiltak for å forbedre kontakten og kommunikasjonen mellom undervisningspersonell, førstelinjetjenesten og brukere fra utsatte grupper.

Ombudet mener dette er et minimum av spesifisering som må til for å gjøre aktivitetsplikten effektiv.

7.2.4 Nærmere om offentlige myndigheters aktivitetsplikt i rollen som utformer av sektorpolitikk

Selv om det ikke sies eksplisitt i NOUen, må man regne med at aktivitetsplikten omfatter utforming av sektorpolitikk, og at sektoransvarsprinsippet da må følges. Med sektorpolitikk menes fagpolitiske avgjørelser foretatt av den offentlige etaten. Sektoransvarsprinsippet betyr at samfunnets vanlige serviceorgan har det fulle ansvar for funksjonshemmede (jfr. St.meld. nr.23 (1977-78) gjengitt i NOU 2001:22, s 41-42). Dette innebærer at myndighetene bør ha systemer og rutiner på plass for å kunne gjennomføre analyser av konsekvenser for likestilling. Utvalget gir imidlertid ikke noen veiledning om hvordan dette skal gjøres.

Ombudet mener for det første at det i proposisjonen klart må fremgå at offentlige myndigheter har en aktivitetsplikt i forbindelse med utforming av sektorpolitikk. For det andre bør det i proposisjonen klargjøres hva aktivitetsplikten innebærer.

I proposisjonen bør det henvises til eksisterende veiledning til utredningsinstruks som redskap, for eksempel:

- "Likestillingsmessige konsekvenser for personer med innvandrerbakgrunn, samer og nasjonale minoriteter",
- "Utredning av konsekvenser for likestilling", og
- "Utredningsinstruksen med veileder i utredningsarbeid"

Disse veiledningene beskriver forskjellige typer verktøyer som kan tas i bruk for å analysere konsekvenser for likestilling. I tillegg burde verktøyene som er

beskrevet i disse veiledningene, kunne brukes tilsvarende for å fremme likestilling også for de andre grunnlagene som er nevnt i lovens formål.

7.2.5 Nærmere om offentlige myndigheters aktivitetsplikt i rollen som lovgiver

Ombudet har under punkt 3.2 understreket betydningen av at offentlige myndigheter utreder diskriminerings spørsmål i forbindelse med regelutforming. Se dette punktet for nærmere omtale.

7.2.6 Plikt til universell utforming

I forslag til § 18 første ledd er det foreslått en videreføring av aktivitetsplikt for universell utforming. I forarbeidene bør det etter ombudets mening være en krysshenvisning mellom §§ 14 og 18. Dette for å synliggjøre at offentlige myndigheter har en dobbel aktivitetsplikt; en generell aktivitetsplikt og en aktivitetsplikt for å fremme universell utforming.

7.3 Offentlige myndigheters rapporteringsplikt

7.3.1 Utvalget foreslår ingen rapporteringsplikt for offentlige myndigheter

Utvalget foreslår ingen rapporteringsplikt for offentlige myndigheters myndighetsutøvelse. Utvalgets begrunnelse er tredelt:

For det første viser utvalget til uklarheter i dagens regelverk. Dette gjelder særlig rapporteringsplikten knyttet til offentlig *tjenesteyting*. Ombudet ser at forarbeidene til likestillingsloven (Ot.prp. nr. 77 (2000-2001)) ikke uttrykkelig pålegger offentlig myndigheter rapporteringsplikt for sin tjenesteyting. Rapporteringsplikten fremgår imidlertid klart av forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) sidene 209 og 247. Det samme fremgår av Barne- og likestillingsdepartementets veileder om aktivitets- og redegjøringsplikten (fra 2009). Her sies det at offentlige myndigheter har rapporteringsplikt, også som tjenesteyter, etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, diskrimineringsloven og likestillingsloven.¹ Ombudet mener derfor at rettstilstanden allerede i dag er klar, og at det er rapporteringsplikt knyttet til offentlig tjenesteyting.

¹ Barne- og likestillingsdepartementet: Hvordan fremme likestilling og hindre diskriminering, 2009, side 11.

For det andre viser utvalget til sitt eget forslag om å endre rapporteringsplikten for *arbeidsgivere* til et dokumentasjonskrav knyttet til HMS-arbeid. Ombudet er kritisk til dette forslaget, se nærmere pkt. 6.7. En offentlig rapportering vil i langt større grad gi mulighet for kritikk og endring, enn en privat og intern dokumentasjonsrapportering. Dette må også ses i sammenheng med utvalgets uttalelse om at offentlige myndigheter har et særlig ansvar for å fremme likeverd og likestilling, samt å fremme diskrimineringslovens formål. Ombudet mener derfor utvalgets foreslåtte endring av arbeidsgivers rapporteringsplikt er et meget dårlig argument for å ikke ha en rapporteringsplikt for offentlige myndigheter.

For det tredje viser utvalget til at departementene synes å rapportere om slike tiltak i årsbudsjettet, uavhengig av om det er lovpålagt. Ombudet har kontrollert ulike departementers (og underliggende etaters) rapportering om likestillingstiltak i St. prp. 1 for 2008. Ombudets konklusjon² er at de kontrollerte organene langt fra oppfyller dagens krav til rapportering. Ombudet mener derfor at det ikke er grunnlag for å hevde at offentlige myndigheter allerede rapporterer på likestillingstiltak.

7.3.2 Offentlige myndigheter bør ha rapporteringsplikt

Ombudet mener en rapporteringsplikt er nødvendig for å sikre at aktivitetsplikten etterlevs. Ombudet er av den oppfatning at utvalgets begrunnelser for ikke å foreslå en rapporteringsplikt er svake, jf. forrige pkt.

Rapporteringsplikten kan formuleres med utgangspunkt i diskriminerings- og tilgjengelighetslovens § 3:

”Offentlige myndigheter og offentlige virksomheter som i lov er pålagt å utarbeide årsberetninger, skal i årsberetningen redegjøre for tiltak som er iverksatt og tiltak som planlegges iverksatt for å fremme lovens formål.

Offentlige myndigheter og offentlige virksomheter som ikke er pliktige til å utarbeide årsberetning, skal gi tilsvarende redegjørelse i årsbudsjettet.”

I tildelingsbrev til underliggende etater som ikke selv har en rapporteringsplikt, bør det fremgå krav om rapportering oppover, slik at myndigheten som rapporterer, har den nødvendige informasjonen for en fullstendig redegjørelse.

² Se Ombudets uttalelse av [dato...] til FAD og Fiskeri- og kystdepartementets angående redegjørelse om likestilling.

Et eksempel på dette er Rundbrev til Barne- og likestillingsdepartementets ”tilknyttede virksomheter”, datert 13. november 2009.

Ombudet mener også at offentlig myndigheter, i tillegg til årlige rapporteringer, bør ha plikt til å gjennomføre en større rapportering hvert femte år. Dette vil tilfredsstillende behovet for en periodisk større gjennomgang og grundig undersøkelse av myndighetens integrering av likestillingshensyn i sin virksomhet.

7.4 Håndheving av rapporteringsplikten

Når utvalget ikke foreslår en rapporteringsplikt er det heller ikke overraskende at det ikke er foreslått et kontrollorgan for rapporteringsplikten. Ombudet mener det er behov for en rapporteringsplikt og mener det er hensiktsmessig at rapporteringsplikten håndheves på samme måte som i dag. Dette innebærer at ombudet etter klage eller på eget initiativ, kan kontrollere om rapporteringen tilfredsstillende lovens krav. Ombudet kan både kontrollere at virksomheten faktisk har rapportert, og selve innholdet i rapporteringen. Ombudet kan med andre ord foreta en kvalitetskontroll av rapporteringen. Ombudets uttalelser kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

Kapittel 8. Læremidlers innhold

- Ombudet anbefaler at bestemmelsen gjelder alle grunnlag

I § 17 foreslår utvalget at det skal stilles krav til læremidlers innhold:

”I skole og annen undervisningsinstitusjon skal læremidler som nyttes bygge på likestilling mellom kjønnene.”

Bestemmelsen er en videreføring av likestillingsloven § 7 og omfatter kun kjønn. Utvalget har også foreslått at det utredes om bestemmelsen skal utvides til å gjelde flere diskrimineringsgrunnlag.

Skoler og undervisningsinstitusjoner bidrar i stor grad til hvilket verdensbilde og hvilke holdninger barn, unge og studenter får og tar med seg. Derfor er det viktig å trekke inn alle disse perspektivene. Ombudet mener derfor det er viktig at bestemmelsen utvides til å gjelde flere grunnlag.

Ombudet mener også at et pålegg om at læremidler skal bygge på likestilling for alle diskrimineringsgrunnlag, vil være i tråd med aktivitetsplikten knyttet til likeverdig tjenesteyting, jf. pkt 7.

Kapittel 9. Særlige regler om ansettelsesforhold

- Ombudet anbefaler ytterligere presiseringer i forslagets § 22
- Ombudet anbefaler i tillegg en revidering av de andre bestemmelsene i kapittel 4

9.1 Forbud mot diskriminering i ansettelsesforhold (§ 22)

Utvalgets forslag til § 22 er i stor grad en informativ bestemmelse. Den eksemplifiserer (ikke uttømmende) i hvilke tilfeller diskrimineringsforbudet kommer til anvendelse i ansettelsesforhold. Bestemmelsens første ledd har følgende ordlyd:

”Forbudet mot diskriminering i § 4 gjelder alle sider av et ansettelsesforhold, herunder:

- a) utlysning av stilling,*
- b) ansettelse, omplassering og forfremmelse,*
- c) opplæring og kompetanseutvikling,*
- d) lønns- og arbeidsvilkår, og*
- e) opphør.”*

Ombudet mener en slik bestemmelse er viktig pedagogisk sett. For å gi bestemmelsen et enda mer presist innhold foreslår ombudet at § 22 første ledd får følgende ordlyd:

”Forbudet mot diskriminering i § 4 gjelder alle sider av et ansettelsesforhold, herunder:

- a) utlysning av stilling,*
- b) intervju,*
- c) ansettelse,*
- d) omplassering og forfremmelse,*
- e) opplæring og kompetanseutvikling,*
- f) tilrettelegging*
- g) lønns- og arbeidsvilkår, og*
- h) opphør.”*

I ombudets forslag til lovtekst er det i bokstav b) presisert at diskrimineringsforbudet gjelder i forbindelse med intervju. I proposisjonen må det for det første klart fremgå at diskrimineringsforbudet gjelder ved utvelgelsen av hvem som skal innkalles til intervju. For det andre må det klart fremgå at diskrimineringsforbudet legger uttrykkelige begrensninger på hvilke

spørsmål som kan stilles under intervju. Dette vil være i tråd med regjeringens forslag til endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, som er foreslått etter at utredningen ble sendt på høring. (ref: Prop. 16 L (2009–2010) Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak) om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)

I ombudets forslag til lovtekst er det i bokstav c) skilt mellom ansettelse som eget punkt, og omplassering og forfremmelse som eget punkt. Bakgrunnen for forslaget er i større grad å tydeliggjøre de forskjellige fasene i et ansettelsesforhold. Forslaget til endring har ingen materiell betydning.

I ombudets forslag til lovtekst er det i bokstav f) presisert at diskrimineringsforbudet kommer til anvendelse ved brudd på tilretteleggingsplikten etter § 27. Dette synes naturlig da § 27 allerede ligger i kapittel 4. Det som kompliserer bildet noe er at § 22 viser til § 4, mens brudd på plikten til individuell tilrettelegging etter § 27 er omtalt i § 6. Ombudet ber om at man i forbindelse med proposisjonen vurderer å slå sammen §§ 4 og 6.

9.2 Arbeidsgivers innhenting av opplysninger ved ansettelse (§ 23)

Ombudet er kritisk til utvalgets forslag til § 23. Slik ombudet leser bestemmelsen, bærer den mer preg av en adgang til å innhente opplysninger, jf. bestemmelsens annet ledd, enn et forbud mot å innhente opplysninger, jf. bestemmelsens første ledd.

Ombudet mener det er nødvendig at bestemmelsen mer uttrykkelig fastslår at innhenting av opplysninger om disse forholdene, er forbudt. Dersom en arbeidsgiver hevder å ha behov for slike opplysninger, må dette begrunnes etter de alminnelige saklighetskriteriene, som er nedfelt i forslaget § 5. Ombudet mener derfor at forslaget § 23 annet ledd, er overflødig.

Ombudet mener dessuten at forslaget ikke er dekkende for hvilke opplysninger arbeidsgiver skal være avskåret fra å innhente i ansettelsesprosessen. Det kan for eksempel være spørsmål om søkeren har nedsatt funksjonsevne. Ombudet ber departementet vurdere nøye om andre grunnlag også bør omfattes av forbudet.

9.3 Likelønn (§ 24)

I utvalgets merknader til § 24 (side 349) fremgår det, under henvisning til § 22, at forbudet mot diskriminering ved lønnsfastsettelsen gjelder *alle* lovens diskrimineringsgrunnlag.

Etter ombudets vurdering bør et prinsipp om at det er forbudt å diskriminere ved lønnsfastsettelse, uavhengig av grunnlag, fremgå av nytt første ledd til § 24. Dette prinsippet er i dag "gjemt bort" i § 22 og bør derfor klarere fremheves.

De særlige reglene om likelønn knyttet til *kjønn* beholdes, og vil da fremgå av bestemmelsens annet til femte ledd.

9.4 Oppsummering

Ideelt sett mener ombudet at kapittel 4 burde vært grundigere bearbeidet, slik at det ble enda mer informativt enn det det er i dag. Forslaget inneholder for eksempel ingen bestemmelse som regulerer utlysning av stilling. Ombudet ser her for seg at man kunne tatt inn en bestemmelse etter modell av likestillingsloven § 4. Forslaget inneholder heller ingen bestemmelser som gjelder opphør av stilling. Ombudet er inneforstått med at dette reguleres i arbeidsmiljøloven kapittel 15, men særbestemmelser, som for eksempel § 15-9, kunne med fordel vært innarbeidet i kapittel 4.

Kapittel 10. Trakassering

- Ombudet støtter utvalgets forslag om en felles definisjon av trakassering for alle grunnlagene
- Ombudet ber om at den fremtidige proposisjonen klargjør om dagens rettstilstand videreføres, slik at enkeltstående tilfeller av uønsket atferd i arbeidslivet kan representere ulovlig trakassering
- Ombudet ber om at den fremtidige proposisjonen klargjør om enkeltstående tilfeller av uønsket atferd kan representere ulovlig trakassering også utenfor arbeidslivet
- Det bør etableres et lavterskeltilbud som kan behandle saker om seksuell trakassering

10.1 Utvalgets forslag

Utvalgets forslag til forbud mot trakassering (§ 7) har følgende ordlyd:

”Trakassering på grunn av forhold som omfattes av § 4 første ledd jf. tredje ledd samt seksuell trakassering er forbudt.

Med trakassering menes handlinger, unnlater eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende.

Med seksuell trakassering menes uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer.”

Utvalgets forslag er en videreføring, i hvert fall ordlydmessig, av ulike regler i eksisterende diskrimineringslovgivning.

10.2 Nærmere om trakasseringsbegrepet

10.2.1 Innledning

I utredningen (side 346) uttales følgende om trakassering:

”Begrepet trakassering er sammensatt, og det kan være uklart hvor mye som skal til før et forhold kan betegnes som trakassering i lovens forstand. Med begrepet trakassering siktes det som regel til gjentakende, vedvarende eller grove handlinger eller ytringer som virker krenkende, skremmende, fiendtlige eller nedverdiggende. Det kan også være kulturelt bestemt hva som omfattes som trakassering. Trakassering kan dessuten ha en sammenheng med maktforhold og maktstrukturer. Hva som skal betegnes som trakassering avhenger av konteksten og kan variere fra grunnlag til grunnlag. Av forarbeidene til

likestillingsloven fremgår det for eksempel at et enkeltstående tilfelle av uønsket atferd kan representere ulovlig trakassering på grunn av kjønn (Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) punkt 7.6.2.2 side 38). I forarbeidene til lov mot etnisk diskriminering skilles det mellom trakassering i og utenfor arbeidsforholdet. Det uttales at det utenfor arbeidsforhold må være tale om gjentatt eller vedvarende trakassering, mens derimot enkeltstående tilfeller rammes av trakasseringsforbudet i arbeidslivet (Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kapitel 20 side 208.)”

Ombudet mener det er uheldig at utvalget har begrenset seg til en gjengivelse av forarbeidene, som er innbyrdes motstridende, uten å klargjøre innholdet i trakasseringsforbudet i forslaget § 7. Ombudet mener det er behov for en klargjøring av trakasseringsbegrepet.

10.2.2 Trakassering i arbeidslivet

Innenfor arbeidslivet er gjeldende rett harmonisert for de ulike diskrimineringsgrunnlagene. I arbeidslivet er det klart at enkeltstående tilfeller av uønsket atferd kan representere ulovlig trakassering. Dette gjelder for alle eksisterende diskrimineringsgrunnlag. Ombudet ser ingen grunn til at dette stiller seg annerledes for de andre grunnlagene som omfattes av den foreslåtte diskrimineringsloven. Ombudet legger derfor til grunn at gjeldende rett videreføres i den nye diskrimineringsloven.

Ombudet ber imidlertid om at dette klart går frem av den fremtidige proposisjonen.

10.2.3 Trakassering utenfor arbeidslivet

Utenfor arbeidslivet er imidlertid ikke reglene i dagens diskrimineringslovgivning harmonisert, jf. ovenfor. Det er uklart hvor mye som skal til før et forhold kan betegnes som trakassering i lovens forstand, avhengig av hvilket grunnlag det er snakk om. Ombudet mener det er uheldig, og ingen grunn til, at reglene er ulike for de ulike grunnlagene. Ombudet mener derfor alle grunnlagene i den foreslåtte diskrimineringsloven må behandles likt.

Spørsmålet er da om man utenfor arbeidslivet skal stille krav om gjentatt eller vedvarende trakassering, eller om enkeltstående tilfeller også rammes av trakasseringsforbudet.

I ombudets sak 08/182 kom dette på spissen. En kvinne, som opprinnelig kommer fra Somalia, mente hun var trakassert av overlegen som utførte keisersnitt da hun fødte tvillinger. I følge kvinnen spurte legen underveis i

inngrepet om følgende: «blir dere kalt negre eller svartinger?» Kvinnen opplevde utsagnet som krenkende. Uttalelsen preget kvinnen sterkt under resten av sykehusoppholdet. Forholdet ble også klaget inn for pasientombudet, og sykehuset beklaget i ettertid hendelsen. Sykehuset understreket at den aktuelle kirurgen hadde skjønt alvorret i uttalelsen, men hevdet samtidig at uttalelsen verken var ment sårende eller krenkende. Etter ombudets syn var ordbruken svært uheldig, spesielt tatt i betraktning av at den ble fremsatt av en overlege overfor en pasient i en særlig sårbar situasjon. Ombudet var enig i at utsagnet var kritikkverdig, men fant likevel at ytringen ikke rammes av diskrimineringsloven, ettersom det dreide seg om et enkeltstående utsagn utenfor arbeidslivet.

Ombudet mener det er viktig at verken den foreslåtte diskrimineringsloven eller dens forarbeider stenger for at slike tilfeller kan rammes av trakasseringsforbudet. Dette innebærer ikke at enhver enkeltstående episode utenfor arbeidslivet skal være tilstrekkelig. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. I vurderingen av om enkeltstående tilfeller kan rammes må man ta hensyn til alvorlighetsgrad, kontekst, styrkeforholdet mellom partene, om det er et avhengighetsforhold mellom partene m.v.

Ombudet ber på bakgrunn av dette om at den fremtidige proposisjonen gir klare føringer på om enkeltstående tilfeller av uønsket atferd kan representere ulovlig trakassering også utenfor arbeidslivet.

10.3 Seksuell trakassering

Av utvalgets forslag til ny diskrimineringslov § 30 bokstav a) fremgår det at ombudet ikke skal håndheve forbudet mot seksuell trakassering. Dette er en videreføring av dagens rettstilstand, jf. likestillingsloven § 8a femte ledd, hvor det fremgår at forbudt mot seksuell trakassering håndheves av domstolene. Utvalget har imidlertid ikke begrunnet sitt forslag.

Ombudet mener det kan stilles spørsmål ved om det er hensiktsmessig at saker om seksuell trakassering må gå for domstolene. Lovgivers begrunnelse for domstolsbehandling, er at påstand om seksuell trakassering er alvorlig og inngripende for den anklagen gjelder, og at det i slike saker er viktig å ivareta grunnleggende rettssikkerhetshensyn. Ombudet er i utgangspunktet enig i dette, men saker om trakassering på grunn av etnisitet vil også være alvorlig og inngripende for den som anklages, fordi det lett kan oppleves som en anklage om rasisme. Videre er det slik at de sakene ombudet kjenner til fra rettsapparatet, gjelder arbeidsgivers reaksjoner overfor ansatte som har utøvd seksuell trakassering mot kolleger. Ombudet kjenner ingen saker hvor den som hevder å være utsatt for seksuell trakassering, har gått til sak. Ombudet vil

hevde at personer som er utsatt for seksuell trakassering, faller mellom to stoler. Ombudet har ikke myndighet til å behandle sakene og risikoen ved å bringe saker inn for domstolene er høy, fordi det ikke finnes rettspraksis på området.

Ombudet ber om at det i den fremtidige proposisjonen vurderes en alternativ håndheving av bestemmelsen om seksuell trakassering. Saker om seksuell trakassering håndheves av de fleste likestillings- og diskrimineringsorganer i Europa, og ombudet kan ikke se at dette skal stille seg annerledes for ombudet. Vi vil imidlertid understreke at ombudet i første rekke er opptatt av at det etableres et lavterskeltilbud. Hvor tilbudet skal plasseres, er av underordnet betydning. Det som er viktig, er at et lavterskeltilbud er kostnadsfritt og at sakene sikres hurtig behandling.

Kapittel 11. Positiv særbehandling (§ 13)

- Ombudet anbefaler at adgangen til positiv særbehandling gjøres lik for alle diskrimineringsgrunnlag
- Ombudet anbefaler at § 13 tredje ledd fjernes når det gjelder positiv særbehandling av menn

Utvalget foreslår følgende bestemmelse i § 13 om adgangen til positiv særbehandling:

”Særbehandling som er egnet til å fremme lovens formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor dem som stilles dårligere som følge av særbehandlingen, regnes ikke som diskriminering etter loven her.

Særbehandlingen skal opphøre når formålet med den er oppnådd.

Kongen kan gi forskrift om hvilke former for særbehandling som tillates i medhold av denne lov, herunder bestemmelser om særbehandling av menn i forbindelse med undervisning av og omsorg for barn.”

Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende diskrimineringslovgivning. Adgangen til positiv særbehandling utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.

Utvalgets forslag innebærer imidlertid at adgangen til å særbehandle menn, fortsatt vil være begrenset, sammenliknet med adgangen til å særbehandle på *alle andre diskrimineringsgrunnlag*. En slik forskjellsbehandling gir etter ombudets syn et uheldig signal. Ombudet påpekte i sitt brev til Barne- og likestillingsdepartementet av 31. januar 2008 at adgangen til positiv særbehandling av menn bør endres slik at det blir like stor adgang til å særbehandle menn som kvinner. Ombudet anbefaler at eksisterende forskrift om særbehandling av menn i forbindelse med omsorg og undervisning av barn oppheves og at henvisningen til denne forskriften fjernes fra § 13 tredje ledd.

Positiv særbehandling vil ofte være et aktuelt tiltak for å oppfylle aktivitetsplikten. Ombudet mener også det behov for å presisere innholdet i bestemmelsen om positiv særbehandling. Ombudet ønsker derfor at man benytter forskriftshjemmel i § 13 tredje ledd. En slik forskrift bør si noe om hva positiv særbehandling er (for eksempel ved innkalling til intervju) og hvilke grunnvilkår som må være oppfylt (underrepresentasjon).

Kapittel 11. Vern mot diskriminering i Grunnloven

- Ombudet støtter flertallets forslag til grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet

Et samlet utvalg går inn for å grunnlovsfeste et forbud mot diskriminering. Utvalget er imidlertid delt i et flertall og et mindretall når det gjelder utformingen av bestemmelsen. Flertallets forslag har følgende ordlyd:

”Ingen mennesker må utsettes for diskriminering fra statens myndigheter på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre lignende vesentlige forhold ved en person.”

(eller)

”Ingen Mennesker maa udsættes for Diskriminering fra Statens Myndigheder paa Grund af Kjønn, Etnicitet, Funktionsnedsættelse, sexuel Orientering, Religion, Livssyn, politisk Syn, Alder eller andre lignende væsentlige Forhold ved en Person.”

Ombudet støtter flertallets forslag. Bestemmelsen vil først og fremst bety at staten selv skal unngå å diskriminere, for eksempel i lovgivningen. Bestemmelsen vil pålegge Stortinget, domstolene, regjeringen og andre statlige organer å ikke diskriminere. Plikten vil gjelde all statlig aktivitet, det vil si lover, forskrifter, forvaltningspraksis, næringsvirksomhet, tjenesteyting osv. Bestemmelsen er ment å ha forfatningsrettslige virkninger som skranke for lovgivningen og prøvesesrett for domstolene.

I tillegg til det materielle innholdet vil en grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet ha en betydelig symbolverdi ved at det markeres at likestilling og ikke-diskriminering er en grunnleggende verdi i det norske samfunnet.

Kapittel 12. Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjonen

- Ombudet anbefaler at tilleggsprotokollen ratifiseres
- Ombudet anbefaler at tilleggsprotokollen inkorporeres i menneskerettsloven

12.1 Innledning

Utvalget er delt i et flertall og mindretall når det gjelder spørsmålet om Norge bør ratifisere tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter omtalt som "tilleggsprotokollen").

12.2 Bør tilleggsprotokollen ratifiseres?

Flertallet mener tilleggsprotokollen ikke bør ratifiseres. Flertallets hovedbegrunnelse er at det er usikkert hva Norge forplikter seg til gjennom en ratifikasjon.

Utvalgets mindretall anbefaler at tilleggsprotokollen ratifiseres. Mindretallet viser særlig til at:

- EMK artikkel 14 ikke gir et tilstrekkelig vern mot diskriminering
- Norge allerede er forpliktet etter FN-konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) som går lengre enn forpliktelsene etter tilleggsprotokollen. Tilleggsprotokollen innebærer dermed ikke nye forpliktelser for Norge – bare nye prosessuelle fordeler for ofre for diskriminering.
- det er lite sannsynlig at diskrimineringsvernet vil bli utviklet av EMD slik at den innfører et generelt saklighetskrav – uavhengig av grunnlag
- Norge allerede i dag gir et diskrimineringsvern til juridiske personer etter EMK artikkel 14. Det utvidete vernet som tilleggsprotokollen ville innebære, er ikke av så stor betydning at det begrunner en avvisning av tilleggsprotokollen

Ombudet støtter mindretallets argumenter. I tillegg vil ombudet peke på at en ikke-ratifisering av tilleggsprotokollen vil gi et svært uheldig signal internasjonalt. Norge vil demonstrere mindre oppslutning om det europeiske menneskerettighetsregimet enn land Norge vanligvis sammenligner seg med, for eksempel Finland, Luxemburg og Nederland. Norge vil også demonstrere mindre oppslutning om det europeiske menneskerettighetsregimet enn land

Norge vanligvis *ikke* sammenligner seg med, for eksempel Georgia, Serbia og Ukraina.

12.3 Hvor bør tilleggsprotokollen inkorporeres?

Utvalget er også delt i spørsmålet hvor tilleggsprotokollen eventuelt skal inkorporeres. Utvalgets flertall anbefaler at tilleggsprotokollen inkorporeres i diskrimineringsloven. Flertallet viser blant annet til at:

- det er betydelige usikkerhet om hvilke forpliktelser staten påtar seg ved ratifikasjon
- inkorporering i menneskerettsloven innebærer en betydelig begrensning av norske myndigheters handlingsrom hva gjelder kravet til saklig myndighetsatferd og hvor handlingsrommets grenser ene og alene vil bli fastlagt gjennom praksis fra EMD

Utvalgets mindretall mener tilleggsprotokoll nr. 12 bør inkorporeres i menneskerettsloven. Mindretallet viser blant annet til at en inkorporering i menneskerettsloven vil:

- gi sterke signaler om viktigheten av ikke-diskriminering som menneskerettighet
- gi forrang foran norsk lov ved motstrid
- være i tråd med hvordan øvrige tilleggsprotokoller til EMK som Norge har ratifisert, har blitt inkorporert

Ombudet støtter mindretallets argumenter og anbefaler at tilleggsprotokollen inkorporeres i menneskerettsloven.

Kapittel 13. Diskriminering i fellesskap

- Ombudet anbefaler at § 52 utvides til å gjelde alle de vernede diskrimineringsgrunnlagene

I § 52 foreslår utvalget en bestemmelse om straff for grov overtredelse av forbudet mot diskriminering på grunn av etnisitet som er begått av flere i fellesskap. Bestemmelsen viderefører lov mot etnisk diskriminering § 15.

Ombudet mener bestemmelsen bør utvides til å gjelde diskriminering på alle grunnlag som nevnt i § 4. Ombudet mener det ikke er noen grunn til å forskjellsbehandle de enkelte grunnlagene.

Kapittel 14. Diskriminering på flere grunnlag

- Ombudet mener den nye diskrimineringsloven bør ha en eksplisitt hjemmel for å behandle saker om diskriminering på flere grunnlag

Sentrale begreper når man snakker om diskriminering på flere grunnlag er multipl diskriminering og interseksjonell diskriminering (interseksjonalitet). Begrepene kan defineres på følgende måte:

Multipl diskriminering beskriver en situasjon hvor en person utsettes for diskriminering på mer enn ett grunnlag i samme handling.

Diskrimineringsgrunnlagene virker i slike sammenhenger kumulativt. Ett eller flere diskrimineringsgrunnlag legges til et annet. For eksempel kan en person bli diskriminert både på grunn av alder og kjønn ved ansettelse.

Interseksjonalitet skiller seg fra multipl diskriminering ved at de enkelte diskrimineringsgrunnlag ikke kan vurderes separat. Avhengig av omstendighetene kan for eksempel kvinner med minoritetsbakgrunn være utsatt for særlige former for etnisk diskriminering som ikke rammer menn med minoritetsbakgrunn, på grunn av fordommer og stereotype oppfatninger. De kan også utsettes for kjønnsdiskriminering som etnisk norske kvinner ikke utsettes for.

Ingen av de gjeldende lovene mot diskriminering har uttrykkelige bestemmelser om diskriminering på flere grunnlag. Dette er imidlertid ikke ansett å være til hinder for at slike saker kan håndheves. Ombudet og nemnda har behandlet flere klagesaker om diskriminering på flere grunnlag.

Utvalget foreslår at diskrimineringsloven ikke skal inneholde noen egen bestemmelse om diskriminering på flere grunnlag. Utvalget mener imidlertid at det bør fremgå uttrykkelig av lovens forarbeider at saker om diskriminering på flere grunnlag, både multipl diskriminering og interseksjonalitet, er vernet av loven.

Ombudet deler ikke utvalgets vurdering. Spørsmålet om hjemmel for å behandle saker om diskriminering på flere grunnlag har ikke kommet på spissen i sakene som er behandlet av ombudet og nemnda. Hvordan dette spørsmålet ville blitt løst ved en eventuell domstolsbehandling, er ikke gitt på forhånd. Ombudet mener hjemmelsspørsmålet kan løses enkelt ved små endringer i utvalgets forslag til § 4.

Utvalget foreslår at § 4 første ledd skal ha følgende ordlyd:

”Diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn eller alder er forbudt.”

Ombudet foreslår følgende ordlyd:

*”Diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder **eller enhver kombinasjon av disse grunnlag**, er forbudt.”*

Kapittel 15. Sanksjonsmuligheter

- Ombudet anbefaler at det i loven tas inn en hjemmel for at ombudet kan fatte beslutning om midlertidig forføyning i ansettelsessaker
- Ombudet anbefaler at Likestillings- og diskrimineringsnemnda skal gis adgang til å tilkjenne oppreisning i diskrimineringssaker i arbeidslivet

15.1 Midlertidig forføyning i ansettelsessaker

Ombudet mottar et stort antall saker som gjelder påstått forbigåelse ved ansettelse. I flere saker tar klager kontakt med ombudet mens ansettelsesprosessen pågår. Ombudet ser at i denne type saker kan det være hensiktsmessig om ansettelsesprosessen stanses mens ombudet behandler saken. I motsatt fall risikerer klager å ikke få stillingen fordi ansettelsesprosessen løper parallelt med ombudets behandling, og uten hensyn til mulig konklusjon om diskriminering.

Ombudet ønsker en hjemmel for midlertidig forføyning i tilfeller ansettelsessaker klages inn for ombudet. En slik hjemmel følger i dag av forskrift til lov om statens tjenestemenn m.m. (1983.11.11 nr 1608: (FAD)) § 10. En generell hjemmel for midlertidig forføyning i ansettelsessaker, kan utformes på følgende måte:

”Dersom en sak med påstand om ansettelse i strid med diskrimineringsloven klages inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet, skal Likestillings- og diskrimineringsombudet gis anledning til å gi uttalelse før avgjørelse tas.”

En slik hjemmel forutsetter at ansettelsessaker prioriteres i ombudets saksbehandling.

15.2 Oppreisning ved overtredelser av diskrimineringsforbudet i arbeidslivet

Utvalget er delt i synet på om Likestillings- og diskrimineringsnemnda bør gis adgang til å fastsette oppreisning ved overtredelser av diskrimineringsforbudet i arbeidslivet. Ombudet støtter mindretallets forslag.

Utvalgets mindretall mener at en adgang til å fastsette oppreisning vil kunne effektivisere diskrimineringsvernet betraktelig. Mindretallet viser i denne sammenheng til at det er svært få av de som har fått medhold i diskrimineringsspørsmålet, som bringer saken inn for domstolene for å få oppreisning og erstatning. Når en arbeidsgiver overtrer

diskrimineringsforbudet, kan oppreisning tilkjennes uten hensyn til skyld, og i slike tilfeller er det ikke snakk om noen videre bevisføring for at vilkårene for oppreisning foreligger. Heller ikke når det gjelder utmålingen av oppreisningsbeløpet er det nødvendig med noen omfattende bevisføring fordi det skal fastsettes skjønnsmessig.

Ombudet vil i tillegg bemerke at den diskriminerte opplever det frustrerende at kravet om oppreisning må fremmes for domstolen, og at dette spørsmålet ikke kan avgjøres av nemnda. Det medfører i de fleste tilfeller at den som har fått medhold i en diskriminerings sak, opplever at nemndas vedtak ikke får noen konsekvenser for den ansvarlige. Det er uheldig, og kan bidra til å undergrave diskrimineringsvernet og ombudets/nemndas autoritet.

Ved å gi nemnda hjemmel til å tilkjenne oppreisning, vil det dessuten danne grunnlag for veiledning i andre saker, som ikke nødvendigvis går til nemnda.

Kapittel 16. Harmonisering av regelverket

I forbindelse med lovarbeidet oppfordrer ombudet departementet til en grundig gjennomgang av annet lovverk, blant annet for å harmonisere begrepsbruk. Ombudet viser i denne forbindelse til for eksempel straffeloven §§ 135a og 349a, sjømannsloven, boliglovene, tjenestemannsloven og universitetsloven.

Med vennlig hilsen

Beate Gangås
likestillings- og diskrimineringsombud

Stian Sigurdson
seniorrådgiver